Die Reformen des Entwurfes einer Börsennovelle.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kossy Silberschmidt

aus Bayreuth

Rechtspraktikant am kgl. Landgericht zu Bayreuth.

Approbiert am 25. November 1904.

Druck von Simon Fleischmann, Bayreuth.

1905.

114

Die Reformen des Entwurfes einer Börsennovelle.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Kossy Silberschmidt

aus Bayreuth

Rechtspraktikant am kgl. Landgericht zu Bayreuth.

Approbiert am 25. November 1904.

Druck von Simon Fleischmann, Bayreuth.

1905.

Meinen lieben Eltern
gewidmet.

Die Reformen des Entwurfes einer Börsennovelle.

A. Einleitung.

Das bisherige Recht in Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Aenderung des Abschnittes IV des Börsengesetzes, der dem Reichstage am 19. Februar 1904 vorgelegt wurde, bezeichnet schon in seiner Ueberschrift die Grenzen, innerhalb welcher er eine Reform des Gesetzes vom 22. Juni 1896 vorsieht. Der Abschnitt IV dieses Gesetzes, der Gegenstand der Reform, beschäftigt sich mit dem Börsenterminhandel oder richtiger mit den Schranken, welche in den einzelnen Bestimmungen dieses Abschnittes dem Börsenterminhandel gezogen werden. Die Notwendigkeit einer Reform dieses Abschnittes liegt begründet einerseits in dem Umstande, daß seine Bestimmungen weder formell noch materiell auf einer wünschenswerten Stufe gesetzgeberischer Vollendung stehen, andererseits darin, daß die Rechtsprechung den Inhalt dieses Abschnittes durch eine Reihe von Entscheidungen nach einer ganz bestimmten Richtung hin und in einer Weise zur Geltung brachte, welche im Gegensatze stand zu den Bedürfnissen des Verkehrs und den bei dem Erlasse ins Auge gefaßten Zielen des Gesetzes.

Es ist daher unsere nächste Aufgabe, die bisherigen Bestimmungen des IV. Abschnittes des Börsengesetzes in Verbindung mit den über dieselben ergangenen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes darzustellen, soweit sie seitens des Entwurfs als reformbedürftig erachtet werden.

Gleich im ersten Paragraphen des IV. Abschnittes, im § 48, gibt das Gesetz eine Definition des Börsentermingeschäfts. Es werden hier als Börsentermingeschäfte bezeichnet Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt.

Diese klar und scharf umgrenzte Definition, die ihrem ganzen Zweck nach und auf grund ihrer Stellung im Gesetz zweifellos überall da angewendet werden will, wo die Bestimmungen des IV. Abschnittes vom Börsenterminge schäft bezw. Börsenterminhandel sprechen, will das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 12. Oktober 1898 für den § 66 des B. G. nicht gelten lassen, indem es demselben einen Begriff des Börsenterminge schäfts „im weiteren und allgemeineren Sinne" zu grunde legt, der sich von § 48 auch dadurch unterscheidet, daß ihm das zweite Tatbestandsmerkmal desselben fehlt. In einer weiteren Entscheidung vom 28. Oktober 1899 hat das Reichsgericht in dem Begriff des Börsenterminge schäfts die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 48 als unwesentlich bezeichnet und über die Definition des § 48 hinaus alle Geschäfte zu Börsenterminge schäften gestempelt, die „nach ihrem materiellen Inhalt und ihrer wirtschaftlichen Natur und Zweckbestimmung unter die Geschäfte fallen, die der Gesetzgeber nur den in's Börsenregister eingetragenen Personen mit Rechtswirksamkeit hat gestatten wollen."

Unter diese der Begriffsbestimmung des Gesetzes substituierte Definition fallen aber nicht bloß sämtliche Zeitgeschäfte, sondern sogar auch Kassageschäfte, sodaß hiedurch die Umgrenzung des Begriffes des Börsenterminge schäfts eine sehr verschwommene geworden ist, ein Umstand, welcher die Ausübung einer sicheren Rechtsprechung in Frage stellen muß.

Weiterhin zieht der Entwurf die §§ 51 und 52 des B. G. in den Kreis seiner Neuerungen. Im § 51 Abs. I des B. G. sind die Folgen des Verbots des Börsenterminhandels und der Verweigerung der Zulassung zum Börsenterminhandel geregelt. Der Absatz II unterwirft den in Absatz I bezeichneten Folgen auch einen Terminhandel, der sich in den für Börsenterminge schäfte üblichen Formen vollzieht. § 52 verweist bezüglich der Folgen eines Terminhandels, der, ohne daß die Zulassung nachgesucht wurde, tatsächlich stattfindet, ebenfalls auf den § 51.

Daß das Gesetz hiebei nur die börsenmäßigen Folgen der genannten Geschäfte im Auge hatte und zivilrechtliche Folgen dieser Geschäfte deshalb nicht regelte, weil es annahm, daß diese durch die Bestimmung des § 51 überhaupt nicht berührt werden, ist von der Litteratur fast einmütig ausgesprochen worden.[1]) Das Reichsgericht aber hat in seiner Entscheidung vom 1. Dezember 1900 auf diese Geschäfte den § 134 B. G. B. angewendet, wodurch sie der Nichtigkeit verfielen. Daß aber § 51 B. G. die Folgen der im

[1]) Gareis, Kommentar zum B. G. B. allgem. Teil Seite 166; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. 1903, Seite 356 Abs. IV; Freund, in Holdheim's Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen Bd. VI; Seite 42 und 45; Kahn, Börsengesetz, 1897, Seite 178.

§ 50 verbotenen Geschäfte erschöpfend behandelt, muß aus seiner Stellung im Gesetze und aus dem Umstande gefolgert werden, daß auch § 52 hinsichtlich der Folgen des in ihm verbotenen Börsenterminhandels auf § 51 Bezug nimmt. Bei einer so klaren und bis in's Einzelne gehenden Regelung der Folgen, wie sie § 51 bezüglich des untersagten Börsenterminhandels zeigt, bedurfte es unseres Erachtens nicht auch noch einer ausdrücklichen Ausschließung des § 134 B. G. B.

Im § 66 wird bestimmt, daß durch ein Börsentermingeschäft in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Teile zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Börsenregister eingetragen sind, ein Schuldverhältnis nicht begründet werde. Die Unwirksamkeit erstreckt sich auf die bestellten Sicherheiten und die abgegebenen Schuldanerkenntnisse. Eine Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäftes zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet jedoch nicht statt.

Der Fortschritt des § 66 war lediglich ein formaler gegenüber der früheren Rechtsprechung. Es sind sich nunmehr die Kontrahenten bei Abschluß des Geschäftes darüber klar, welche Rechtsfolgen sie je nach Vorhandensein der Voraussetzungen des § 66 zu gewärtigen haben. [1])

Die Rechtsprechung hat, wie schon oben erwähnt, es unternommen, dem Börsentermingeschäft, von welchem § 66 spricht, einen anderen, weiter gehenden Begriff zu grunde zu legen, als ihn § 48 gibt. Bezüglich der Unhaltbarkeit einer solchen Interpretation sei hier nur auf die Schriften von Staub und Rießer hingewiesen. [2]) Die Unwirksamkeit der Sicherheiten und Anerkenntnisse — unter diese Begriffe fallen Hypotheken, Bürgschaften, Zahlungsversprechungen und Wechsel — mußte ausgesprochen werden angesichts der Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts.

Das Reichsgericht dehnt diese Bestimmung aus auf Leistungen, die nicht ausdrücklich zu dem Zwecke der Sicherheitsbestellung erfolgen, nämlich auf sogenannte „Vorschüsse" oder „Einschüsse", die zwecks Verrechnung auf etwaige zukünftige Verluste geleistet werden. In der Entscheidung vom 13. Juli 1901 und in weiteren Entscheidungen spricht das Reichsgericht aus, daß solche Leistungen bei Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts zurückgefordert werden können.

Der Absatz IV des § 66 stellt sich auf den u. E. berechtigten Standpunkt, daß Leistungen, die zwecks Erfüllung von Verbindlichkeiten erfolgen, unwiderruflich sind. Dieser Grundsatz ist ein

---

[1]) Apt, das Börsengesetz und seine Reform, Berlin 1900, Seite 19.

[2]) Staub, der Begriff der Börsentermingeschäfte im § 66 des Börsengesetzes, Berlin 1899. — Rießer, die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, Berlin 1900.

Prüfstein für die Theorie des Reichsgerichts von der Anwendbarkeit des § 134 B. G. B. auf die Geschäfte der §§ 50, 51 B. G. Sind nämlich diese Geschäfte im Inlande abgeschlossen, so sind sie nach Ansicht des Reichsgerichts nichtig, mithin ist das zur Erfüllung derselben Geleistete zurückforderbar, soferne nicht die Vorschriften der §§ 812 ff. B. G. B. dem entgegenstehen, was aber an dem Prinzipiellen dieser Erscheinung nichts ändert. Es soll demnach das zur Erfüllung Geleistete bei einem Geschäfte, für welches nicht beide Teile im Börsenregister eingetragen sind, nicht zurückgefordert werden können, wohl aber soll dies gestattet sein bei einem Geschäfte in Waren oder Wertpapieren, in denen der Börsenterminhandel untersagt ist. Diese so inkonsequente Durchführung eines in einem Spezialgesetze ausdrücklich anerkannten Grundsatzes, wie ihn § 66 Abs. IV enthält, berechtigt doch zu Zweifeln darüber, ob die im Börsengesetze sicherlich nicht ausdrücklich anerkannte Nichtigkeit der gegen das Verbot der §§ 50, 51 geschlossenen Geschäfte sich mit der Vorschrift des § 66 Abs. IV in Einklang bringen läßt.

Ebenso wie § 66 gibt auch § 69 des B. G. den Kontrahenten schon bei Abschluß des Geschäftes Klarheit darüber, ob dasselbe unter allen Umständen rechtsbeständig bleiben wird, oder ob dies zweifelhaft ist. Für die zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Börsenregister Eingetragenen enthält § 69 das Verbot der Erhebung des Differenzeinwandes. Jedoch ist festzustellen, daß zwischen § 66 und § 69 der Unterschied besteht, daß bei ersterem die Art und die Schutzwürdigkeit der unter der Aegide des Börsenregisters abgeschlossenen Geschäfte von vorneherein zu erkennen und anzuerkennen ist, während das von § 69 nicht gesagt werden kann. Denn bei diesem ist der Differenzeinwand möglicherweise — wenn nämlich beide Teile im Börsenregister eingetragen sind — auch dann ausgeschlossen, wenn es sich um reine Differenzgeschäfte handelt. Und gerade dieser Fähigkeit des Börsenregisters, dem illegitimen Handel Unterschlupf zu gewähren, hat dasselbe das Odium des „Spielregisters" zu verdanken.

Die Rechtsprechung stand hinsichtlich der Frage, welchen Geschäften gegenüber die Erhebung des Differenzeinwandes zulässig sei, nicht immer auf dem gleichen Standpunkt. Daß der Differenzeinwand den Termingeschäften gegenüber ausnahmslos zur Anwendung komme, soferne die Voraussetzung der Eintragung im Börsenregister nicht vorliegt, hat das Reichsgericht zwar immer zugegeben. Nicht aber so hinsichtlich der Kassageschäfte. In der Entscheidung vom 11. April 1900 spricht das Reichsgericht nämlich die Möglichkeit aus, Kassageschäfte mit dem Differenzeinwande angreifen zu können. Später aber hat das Reichsgericht in einer ganzen Reihe von Entscheidungen, so vom 4. Januar, 8. März, 4. Juni, 8. Oktober 1902 den Kassageschäften den Charakter von Differenzgeschäften

abgesprochen, sofern nicht ausnahmsweise aus der Lage des Falles hervorgehe, daß es den Kontrahenten um den Abschluß von Zeitgeschäften in Form von Kassageschäften zu tun sei und sie einen Termin nur bestimmten, um einen Anhalt dafür zu haben, was und von wem zu bezahlen sei.

Die Unhaltbarkeit des § 69 B. G. liegt aber in der Bestimmung, auf die sich seine Geltendmachung gründet; das ist § 764 B. G. B. Auf diesen Paragraphen ist im Hauptteil näher einzugehen.

Bei dieser Verschiedenheit zwischen Gesetz und Judikatur war eine Neuregelung der Materie unbedingt notwendig. Daß sie schon nach so verhältnismäßig kurzer Geltungsdauer des Gesetzes von den zuständigen Organen für erforderlich erachtet wurde, kennzeichnet die Reformbedürftigkeit dieser Vorschriften, deren formelle und materielle Veränderung durch den Entwurf im Folgenden dargestellt und beleuchtet werden soll.

B. Der Entwurf.

I.

Der Warenlieferungshandel.

Der § 48 Abs. II behandelt eine Gruppe von Geschäften, die nicht als Börsentermingeschäfte gelten sollen. Es sind das solche Geschäfte, die von Erzeugern oder Verarbeitern von Waren derselben Art, wie die, welche den Gegenstand des Geschäftes bilden, oder von solchen in das Handelsregister eingetragenen Kaufleuten oder eingetragenen Genossenschaften, zu deren Geschäftsbetrieb der Umsatz von Waren der bezeichneten Art gehört, nach vom Bundesrat genehmigten Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden.

Die Anfügung dieses neuen Absatzes II zu § 48 übt einen Einfluß aus zunächst auf den Begriff des Börsentermingeschäftes. Bei oberflächlicher Betrachtung des nunmehrigen § 48 des B. G. hat es den Anschein, als ob § 48 Abs. I eine Definition des Begriffes „Börsentermingeschäft" gebe, und Absatz II für eine bestimmte Gruppe der in Abs. I als Börsentermingeschäfte definierten Geschäfte eine Ausnahme konstruiere. Es müßten also die Geschäfte des Abs. II ipso iure unter die Definition des Abs. I fallen, wenn die Ausnahmebestimmung des Abs. II nicht vorhanden wäre.

Dem ist aber nicht so. Denn die Geschäfte des Abs. II sind gar keine species der im Absatz I behandelten Geschäfte.

Diese Inkongruenz erklärt sich daraus, daß der Entwurf den Begriff des Börsentermingeschäftes nicht mehr in der engen und scharfen Begrenzung auffaßt, die ihm das Gesetz vom 22. Juni 1896 gegeben hat. Der Entwurf hat diesem Begriff die Auffassung des Reichsgerichts von dem Begriffe des Börsentermingeschäftes zu

grunde gelegt. Von diesem werden somit nicht nur die Geschäfte des § 48 Abs. I getroffen, sondern auch die Geschäfte, die nach ihrem materiellen Inhalt und nach ihrer wirtschaftlichen Natur und Zweckbestimmung unter die Geschäfte fallen, die nur den in's Börsenregister Eingetragenen gestattet sein sollen. Durch diese Kodifizierung der reichsgerichtlichen Definition des Begriffes „Börsentermingeschäft" ist der Umfang der Geschäfte, welche nunmehr der Entwurf unter diesem Begriffe zusammenfaßt, ein viel größerer geworden, und der Begriff selbst hat, wie die reichsgerichtliche Definition erkennen läßt, viel flüssigere Grenzen erhalten. Bei dieser Auffassung des Begriffes des Börsentermingeschäfts stellt sich der Kreis der Geschäfte, von welchen § 48 Abs. II spricht, allerdings als eine species der Gattung von Geschäften dar, wie sie der Absatz I enthält.

Wenn so der Begriff des Börsentermingeschäfts durch Adoptierung der reichsgerichtlichen Auffassung eine weitere Ausdehnung erhält, so wird vom demselben durch den Abs. II wieder eine Gruppe von Geschäften abgezogen, so daß nach dieser Seite hin wenigstens die Abgrenzung des Begriffes eine strikte ist.

Von Bedeutung ist aber auch die Wirkung, die § 48 Abs. II auf die in ihm behandelten Geschäfte selbst ausübt. Sie werden der Herrschaft des Börsengesetzes entzogen und fallen unter die des Handelsgesetzbuches und, subidiär, des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dadurch gehen diese Geschäfte aber auch des Schutzes verlustig, den § 69 B. G. den Börsentermingeschäften angedeihen läßt. Waren nämlich die Kontrahenten im Börsenregister eingetragen, so konnte keiner derselben den Differenzeinwand erheben. Nunmehr ist zu ihrer Giltigkeit zwar die Eintragung im Börsenregister nicht mehr erforderlich, andererseits kann aber die Eintragung nicht mehr gegen den Differenzeinwand schützen.

Inwieweit ist nun die Geltendmachung des Differenzeinwandes, d. h. die Berufung auf § 764 B. G. B., hinsichtlich der Geschäfte des § 48 Abs. II B. G. möglich? Zunächst spricht § 764 von der Lieferung von Waren und Wertpapieren, während im § 48 Abs. II nur von Waren die Rede ist. Die Anwendung des ersteren Paragraphen hat sich also hier nur auf Warengeschäfte zu beschränken. Wenn weiter § 764 von der „Lieferung" von Waren ausgeht, so hat doch die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes keinen Zweifel darüber gelassen, daß sie die Anwendung des § 764 auch auf Kassageschäfte für möglich hält.[1]) Uebrigens hat auch Staub[2]) eine solche Interpretation für zulässig und der Absicht des Gesetzgebers entsprechend erklärt. Andererseits schließt der Wortlaut des § 48 Abs. II die Möglichkeit nicht aus, daß die in ihm enthaltenen

[1]) Entscheidung vom 11. April 1900.
[2]) Exkurs zu § 376 H. G. B. Anm. 35.

Geschäfte in die Form von Kassageschäften gekleidet werden, wobei durch Nebenabrede Zahlung und Lieferung bis zum jeweiligen Monatsende hinausgeschoben werden; gerade diese Möglichkeit der Entwicklung dieser Geschäfte ist eine naheliegende, da die Urteile des Reichsgerichts vom 4. Januar und 8. März 1902 die Anwendbarkeit des § 764 B. G. B. auf Kassageschäfte nunmehr im allgemeinen für unzulässig erklärt haben.

Durch die Einkleidung der Lieferungsgeschäfte in diese Form, die aber von der Genehmigung des Bundesrates abhinge, würden diese unter gewissen Umständen vor dem Differenzeinwande sichergestellt.

Es bleiben also noch die Geschäfte des § 48 Abs. II, soweit sie die Form von Zeitgeschäften beibehalten. Diese sind dem Differenzeinwande preisgegeben. Wird dieser Einwand wirksam genug sein, um die Rechtsbeständigkeit der Geschäfte des § 48 Abs. II zu bedrohen? Der Einwand stützt sich nach § 764 B. G. B. darauf, daß ein Kontrahent bei Abschluß des Vertrags die Absicht hatte, sich nur zur Zahlung der Differenz, nicht aber zur Effektivlieferung bezw. Abnahme zu verpflichten, und daß der andere Teil diese Absicht gekannt oder fahrlässigerweise nicht gekannt hat.

Es muß zugegeben werden, daß der Einwand, dem diese Geschäfte unter der Herrschaft des Börsengesetzes in erster Linie ausgesetzt waren, nämlich der Registereinwand, prozessual leichter zum Ziele führte, als jetzt der Differenzeinwand. Dort machte der Anfechtende lediglich eine formelle Tatbestandsvoraussetzung geltend, nämlich die Nichteintragung im Börsenregister, hier hat er einen materiellen Beweis unter Eingehung auf die Sache selbst zu führen.

Erhebt nun eine Partei den Differenzeinwand, so hat sie zu beweisen, daß die andere Partei ihre nur auf Zahlung der Differenz gehende Absicht gekannt oder fahrlässigerweise nicht gekannt hat. Die erstere Möglichkeit könnte sich nur auf das Vorhandensein bestimmter Tatsachen gründen und wird daher nur in Betracht kommen, wenn diese Tatsachen vorliegen. In der Regel wird aber der Anfechtende nachzuweisen suchen, daß die Gegenpartei seine Spielabsicht hätten kennen müssen. Diese Fahrlässigkeit des Anfechtungsgegners wird de facto schwer nachzuweisen sein, da als Kontrahenten Parteien in Betracht kommen, bei welchen der Warenumsatz und der Güterumlauf regelmäßige Folgeerscheinungen ihrer Geschäftsabschlüsse sind, und die infolgedessen einer Geltendmachung des § 764 B. G. B. den § 157 B. G. B. entgegensetzen können. Praktisch wird diese Frage wohl selten werden, da gerade aus diesen Kreisen heraus nur in wenigen Ausnahmefällen mit dem Differenzeinwande operiert wurde.

Die theoretische Anwendbarkeit des § 764 B. G. B. auf die Geschäfte des § 48 Abs. II B. G. ist aber immerhin vorhanden, was deshalb besonders bemerkenswert erscheint, weil vor dem

Erscheinen des Entwurfes der § 764 inhaltlos war. Infolge der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nämlich wurden alle Zeitgeschäfte als Börsentermingeschäfte behandelt und fielen also unter das Börsengesetz, während die Kassageschäfte durch die mehrfach erwähnten Urteile vom 4. Januar und 8. März 1902 zu Nichtdifferenzgeschäften erklärt wurden, so daß also für den § 764 keine Anwendungsmöglichkeit blieb.[1]) Der Umstand jedoch, daß die Geschäfte des § 48 Abs. II dem Bereiche des Börsengesetzes entrückt werden, hebt den bisher latenten Zustand des § 764 wieder auf und gibt ihm organisches Leben.

Es wäre daher zu wünschen, daß der Gesetzgeber seinem Bestreben, die Geschäfte des § 48 Abs. II möglichst sicher zu stellen, die Vollendung gibt durch eine Bestimmung, welche die Anwendbarkeit des § 764 auf diese Geschäfte ausschließt. Eine solche Bestimmung würde sich schon deshalb empfehlen, weil man nicht weiß, welche Bahnen die Rechtsprechung dieser Neuerung gegenüber einschlagen wird. Bei einer Ausschließung des § 764 B. G. B. für die Geschäfte des § 48 Abs. II B. G. müßte der Gesetzgeber davon ausgehen, daß der vom Reichsgericht in der Entscheidung vom 8. März 1902 konstruierte Gegensatz zwischen Zeit- und Kassageschäften hinsichtlich ihrer unterschiedlichen Befähigung, als Spielgeschäfte zu dienen, unhaltbar ist, und daß die bei Kassageschäften wie bei Zeitgeschäften zu Tage tretende Spekulationsabsicht mit dem § 764 B. G. B. nichts zu tun hat.

Auf jeden Fall müßte der § 764 dahin geändert werden, daß das fahrlässige Nichtkennen der gegnerischen Spielabsicht, das für den Charakter des Geschäfts entscheidend sein soll, als Tatbestandsmerkmal gestrichen wird. Der § 764 enthält in seiner jetzigen Gestalt den einzigen Fall in der ganzen Lehre von den Schuldverhältnissen, wo nicht lediglich der übereinstimmende Wille der Parteien die Grundlage des abzuschließenden Rechtsgeschäftes bildet.[2]) Ueberdies widerstreitet der Anwendung des § 122 Abs. II B. G. B. auf § 764 B. G. B. der unser ganzes Rechtsleben beherrschende Grundsatz, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157 B. G. B.).

Durch eine solche Reform würden die Befürchtungen, welche die Motive[3]) hinsichtlich einer extensiven Rechtsprechung dem Lieferungshandel in Getreide und Mühlenfabrikaten gegenüber hegen, am ersten beseitigt.

---

[1]) Vergl. Staub, in der deutschen Juristenzeitung vom 1. Juni 1902.
[2]) Differenzgeschäft und Börsentermingeschäft in Gesetzgebung und Rechtsprechung, Berlin 1904, Seite 18.
[3]) Seite 8.

II.

Der Nichtigkeitseinwand.

Der neue Absatz III zu § 51 B. G. verleiht den Börsenterminge-schäften in Waren oder Wertpapieren, in welchen der Börsenterminhandel vom Gesetz oder vom Bundesrat untersagt ist, eine von der bisherigen Praxis des Reichsgerichts abweichende zivilrechtliche Wirkung. Solche Geschäfte sind nach diesem Abs. III nicht mehr schlechthin nichtig, sondern die Erfüllung aus diesen Geschäften „kann verweigert werden." Der Schuldner hat also dem aus einem Börsenterminge-schäft in verbotenen Waren oder Wertpapieren auf Erfüllung klagenden Gläubiger gegenüber eine Einrede, und zwar eine rechtsvernichtende Einrede.

Bezüglich der durch die Börsenaufsichtsbehörden ausgesprochenen Untersagung eines Terminhandels in Waren oder Wertpapieren, deren Zulassung nicht nachgesucht wurde, bestimmt aber der neue Zusatz zu § 52, daß es bei den in § 51 Abs. I und II bezeichneten Folgen sein Bewenden haben soll.

Der Gesetzgeber hat durch den neuen Absatz III zum Ausdruck gebracht, daß die Anwendung des § 134 B. G. B. auf die vom Gesetz oder Bundesrat im § 50 und § 51 Abs. I des Gesetzes untersagten Geschäfte seitens des Reichsgerichts von dem Börsengesetz vom 22. Juni 1896 weder vorhergesehen noch beabsichtigt wurde, daß also das Reichsgericht in seiner Interpretation des gesetzgeberischen Willens bezüglich dieser Untersagung zu weit gegangen sei. Deshalb wurde die Schutzbestimmung des Abs. III an den § 51 angefügt. Hinsichtlich der Geschäfte in Waren oder Wertpapieren, die durch die Börsenaufsichtsbehörden untersagt wurden, verweist der neue Schlußsatz des § 52 wegen der zivilrechtlichen Folgen lediglich auf die Absätze I und II zu § 51, mit anderen Worten: Die diesem Verbot gegenüber geschlossenen Geschäfte sollen auch weiterhin nichtig sein. Diese Wirkung jener Geschäfte wird auch mit dürren Worten in der Begründung Seite 17 ausgesprochen:

> „Dagegen war keine Veranlassung vorhanden, auch einer „gemäß § 52 des Gesetzes durch die Börsenaufsichtsbehörde „für eine einzelne Börse erfolgenden Untersagung eines Börsen„terminhandels zivilrechtliche Wirkung beizulegen.

Es soll hier unerörtert bleiben, inwieweit die Motive diesem Terminhandel des § 52 die zivilrechtliche Wirkung, die derselbe u. E. schon im Gesetze von 1896 hatte, „beilegen" können, und ob sie nicht vielmehr, die reichsgerichtliche Rechtsprechung kodifizierend, den genannten Geschäften erst durch die Neufassung des § 52 diese Wirkung entziehen. Jedenfalls aber muß festgestellt werden, daß die Behandlung, die der Entwurf den im § 50 vom Gesetz und

im § 51 Abs. I vom Bundesrat untersagten Geschäften einerseits und den im § 52 von den Börsenaufsichtsbehörden untersagten Geschäften andererseits angedeihen läßt, auf einem unlösbaren Widerspruche beruht. Während nämlich, wie oben bemerkt, der neue Abs. III zu § 51 eine Interpretation der §§ 50 und 51 Abs. I enthält, die jene des Reichsgerichts korrigiert, spricht der neue § 52 aus, daß bezüglich der durch ihn verbotenen Geschäfte die reichsgerichtliche Auslegung richtig sei.

Es kann nun aber doch keinen Unterschied in der juristischen Natur eines Geschäftes ausmachen, ob es vom Gesetze primär oder von einer Behörde in Ausführung gesetzlicher Bestimmungen verboten wird. Hier sind es einfach Opportunitätsrücksichten, die es angezeigt erscheinen lassen, für das Verbot einmal das Gesetz beziehungsweise den Bundesrat, das andere Mal die Börsenaufsichtsbehörden für kompetent zu erklären. Denn daß Geschäfte, die an jeder Börse des Reiches abgeschlossen werden können, am einfachsten und wirksamsten durch ein Reichsgesetz oder durch den Bundesrat — ein Reichsgesetzgebungsorgan — verboten werden, ist ebenso klar und ebenso zweckmäßig, als die Maßnahme, für das Verbot von Geschäften in Waren oder Wertpapieren, die von einer bestimmten einzelnen Börse ausgeschlossen werden sollen, nur die Aufsichtsorgane eben dieser Börse für allein zuständig zu erklären.

Wir haben nunmehr zu untersuchen, inwieweit der Entwurf seine aus den Motiven erkennbare Absicht, den in § 52 verbotenen Geschäften keine zivilrechtliche Wirksamkeit zuzuerkennen, durch die Verweisung auf § 51 Abs. I und II erreicht.

Bei der Prüfung dieser Frage muß von der Entscheidung des Reichsgerichts ausgegangen werden, die durch ihre weitgehende Interpretation das Entstehen des Entwurfes mitveranlaßt hat, nämlich die Entscheidung vom 1. Dezember 1900. Darin spricht das Reichsgericht aus, daß auf die in § 50 und § 51 Abs. I des B. G. verbotenen Geschäfte hinsichtlich ihrer zivilrechtlichen Wirkung § 134 B. G. B. anzuwenden sei, und fährt dann fort:

„Endlich darf die Untersagung und ihre Folge nicht auf die
„eigentlichen Börsentermingeschäfte im Sinne des § 48 des
„B. G. . . . . beschränkt, sondern muß auf die ihnen in
„ § 51 Abs. II gleichgestellten Geschäfte ausgedehnt werden.

Das Reichsgericht erklärt hier also auch die Geschäfte aus § 51 Abs. II für nichtig. Der Entwurf geht nun daran, die vom Reichsgericht bezüglich aller untersagten Geschäfte angenommene zivilrechtliche Nichtigkeit zu beseitigen, ausdrücklich tut er dies jedoch nur in Bezug auf die vom Gesetz und vom Bundesrat untersagten Geschäfte. Diese Beseitigung der Nichtigkeit muß aber auch auf die Geschäfte des § 51 Abs. II bezogen werden, eine Auslegung, welche durch folgende Alternative gerechtfertigt werden soll.

Stellt man sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts, wonach das Verbot des § 50 B. G. wirklich dahin zu verstehen ist, daß die gegen dieses Verbot geschlossenen Geschäfte nichtig sein sollen, und gibt man fernerhin zu, daß § 51 Abs. II in der Tat eine materielle Gleichstellung der in ihm behandelten Geschäfte mit den im § 48 genannten Börsenermingeschäften beabsichtigt und auch ausspricht, so muß man aber doch einräumen, daß eine Nichtigkeit der im § 51 Abs. II genannten Geschäfte nicht gefolgert werden kann und in concreto vom Reichsgericht auch nicht gefolgert wurde, bevor die Nichtigkeit der im § 50 verbotenen Geschäfte statuiert worden ist, mit anderen Worten: Die Nichtigkeit der im § 51 Abs. II genannten Geschäfte ist eine Folge der für die im § 50 genannten Geschäfte statuierten Nichtigkeit; sie steht und fällt mit dieser.

Bestreitet man aber die Gleichstellung der Geschäfte der §§ 51 Abs. II und 48 — eine Anschauung, die in dem Umstande ihre Stütze suchen würde, daß der Terminhandel des § 51 Abs. II nur in der Form des Börsenterminhandels betrieben wird, ohne tatsächlich Börsenterminhandel zu sein —, so kann man noch weniger behaupten, daß Geschäfte, die gar keine Börsenterminsgeschäfte sind, von einem Nichtigkeitsverbot getroffen werden, weil auch die Börsenterminsgeschäfte darunter fallen.

Demnach muß der Abs. III zu § 51 u. E. auch auf die Geschäfte des § 51 Abs. II als untersagte Börsenterminsgeschäfte bezogen werden. Die weitere Konsequenz dieser Auffassung aber ist, daß durch die Verweisung des neuen Schlußsatzes zu § 52 auf § 51 Abs. I und II die Geschäfte des § 52 vermöge des dargelegten Zusammenhanges zwischen § 51 Abs. II und III auch des Vorteils des letzteren teilhaftig werden.

Dieses Resultat steht im Gegensatz zu den Motiven des Entwurfes und anscheinend auch zu dem Wortlaut desselben. Denn § 51 Abs. III spricht nur von dem „untersagten" Börsenterminhandel. Als solcher hat, streng nach dem Buchstaben des Gesetzes genommen, nur der im § 50 vom Gesetz und der im § 51 Abs. I vom Bundesrat untersagte Börsenterminhandel zu gelten. Der übrige im § 51 erwähnte Terminhandel, welcher ja vom Reichsgericht nur in Konsequenz seiner Anschauung über den untersagten Börsenterminhandel für zivilrechtlich nichtig erklärt wurde, ist nur „von der Börse ausgeschlossen." Aber wenn man den § 134 B. G. B. auf Geschäfte irgend welcher Art anwendet, so gibt man damit implicite zu, daß diesen Geschäften ein gesetzliches Verbot zu grunde liegt, und es sind also doch „verbotene" Geschäfte.

Hält man aber ohne Rücksicht auf die reichsgerichtliche Auffassung lediglich am Wortlaut des § 51 fest, so fallen die Geschäfte des § 51 Abs. II zwar nicht unter den neuen Abs. III, sie dürfen

aber wohl auch ihrerseits den genauen Wortlaut des § 51 Abs. I und II für sich in Anspruch nehmen. Ein „Ausschluß von der Börse" involviert aber für die davon betroffenen Geschäfte noch keine zivilrechtliche Ungiltigkeit.

Mit den Bestimmungen des Entwurfes wäre also diese Auffassung von der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Geschäfte des § 52 B. G. schon in Einklang zu bringen. Nicht so mit den Motiven zum Entwurf. In diesen ist Seite 17 ausgesprochen:

> „Dagegen war keine Veranlassung vorhanden, auch einer
> „gemäß § 52 des Gesetzes durch die Börsenaufsichtsbehörde
> „für eine einzelne Börse erfolgenden Untersagung eines Börsen-
> „terminhandels zivilrechtliche Wirkung beizulegen. Der Fall
> „liegt in dieser Beziehung nicht anders, als der in § 51
> „Abs. I behandelte Fall der endgiltig verweigerten Zulassung
> „zum Börsenterminhandel.

Die letztere Behauptung soll nicht bestritten werden. Aber die Motive verkennen hier u. E. die Kraft, welche der die Nichtigkeit der verbotenen Geschäfte aufhebenden Bestimmung des § 51 Abs. III innewohnt. Wie schon oben erwähnt, konnte die Nichtigkeit derselben vom Entwurfe nicht ohne die der im § 51 Abs. II behandelten Geschäfte beseitigt werden, weil erstere die Voraussetzung der Statuierung der letzteren gewesen ist. Sollte trotz der Aufhebung der Nichtigkeit bei den vom Gesetz oder Bundesrat verbotenen Geschäften die Nichtigkeit der im § 51 Abs. II behandelten aufrecht erhalten werden, so mußte der Entwurf u. E. eine diesbezügliche Bestimmung ausdrücklich vorsehen, und zwar nicht in den Motiven, sondern im Gesetze selbst. Das ist aber nicht geschehen, und so können es die Motive nicht hindern, daß der § 51 Abs. II auch den Vorteil, den § 51 Abs. III bietet, mitgenießt.

Wir gelangen also zu folgendem Ergebnis. Trotz der Fassung des Schlußsatzes zu § 52, wonach die Untersagung der Geschäfte des § 52 nur die Folgen des § 51 Abs. I und II haben soll, haben diese Geschäfte auch die Folgen des § 51 Abs. III. Andererseits würde letztere Erscheinung auch zu Tage treten nach der bisherigen Fassung des § 52. Der neue Schlußsatz zu § 52 erscheint demnach überflüssig, einmal deshalb, weil er die Anwendung des § 51 Abs. III auf die Geschäfte des § 52 nicht hindern kann, dann aber auch aus dem Grunde, weil diese Beziehung durch die Fassung des bisherigen § 52 B. G. schon genügend zum Ausdruck kommt.

Es ist nun zu erörtern, welche Wirkung der Entwurf den Geschäften zuzuerkennen gedenkt, welche in Waren oder Wertpapieren abgeschlossen werden, deren Zulassung zum Börsenterminhandel endgiltig verweigert wurde. Die Motive identifizieren sie am angeführten Orte mit den Geschäften des § 52. Es müßten also diese Geschäfte nach den obigen Ausführungen auf dem Umwege über den

§ 52 zivilrechtliche Wirksamkeit erlangen. Aber dieser Konstruktion bedarf es gar nicht. Denn der § 51 Abs. II begreift ja die im Abs. I desselben Paragraphen genannten Geschäfte in sich. Auch sie haben sonach zivilrechtliche Wirkung nach Maßgabe des § 51 Abs. III.

Es hätte aber u. E. der Reform des § 51 Abs. III nicht bedurft, wenn der Entwurf eine Bestimmung bezüglich des untersagten Börsenterminhandels des Inhalts vorgesehen hätte, daß die zivilrechtliche Giltigkeit von den Bestimmungen des Börsengesetzes nicht berührt werde. Eine solche Bestimmung lag zwar, wie bereits mehrfach erwähnt, im Sinne des Gesetzes von 1896, eine ausdrückliche Aufnahme derselben in den Entwurf hätte sich aber mit Rücksicht auf die seit jenem Urteil vom 1. Dezember 1900 ergangene Rechtsprechung des Reichsgerichts empfohlen. Einer späteren Gesetzgebung wird es vorbehalten bleiben, dieser Absicht des Gesetzes von 1896 gerecht zu werden.

III.

Der Registereinwand.

Der § 66 des Entwurfes, der den bisherigen § 66 vollständig beseitigt, setzt an Stelle der früheren Unwirksamkeit von Börsentermingeschäften, bei welchen nicht beide Teile zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Börsenregister eingetragen waren, eine Einrede; der Schuldner kann auch hier während einer im § 68a festgesetzten Frist die Erfüllung der Verbindlichkeit verweigern.

Im neuen § 67a wird bestimmt, daß der zur Zeit des Geschäftsabschlusses in's Handelsregister eingetragene Kaufmann, sowie der berufsmäßig Bankier- oder Börsengeschäfte Betreibende und der regelmäßige Börsenbesucher sich nicht auf ihre Nichteintragung im Börsenregister berufen können.

§ 68 enthält in seiner neuen Fassung nur die durch §§ 66 und 67a nötig gewordenen redaktionellen Aenderungen. Im Abs. II mußten die Worte „zur Wirksamkeit des Geschäfts" wegbleiben, weil nach § 66 nicht mehr die Eintragung im Börsenregister, sondern der Ablauf einer Frist und nach § 67a andere Merkmale zur Wirksamkeit des Geschäftes erforderlich sind.

Die Absätze III und IV des bisherigen § 66 kommen in Wegfall, da die darin enthaltenen Bestimmungen in den §§ 68a, b und c neu geregelt worden sind. Diese Aenderungen werden erst an späterer Stelle erörtert. Ebenso ist über den neuen § 57 innerhalb dieser Arbeit nichts zu sagen, da die Herabsetzung der Eintragungsgebühr keine juristischen Konsequenzen im Gefolge haben wird.

Die Wirkung der Beseitigung der absoluten Nichtigkeit hinsichtlich der im Widerspruch mit § 66 Abs. I abgeschlossenen Börsen-

termingeschäfte ist zunächst eine prozessuale. Während nämlich bei Klagen aus Börsenterminggeschäften nach dem bisherigen Recht die Eintragung im Börsenregister zum Klagegrund gehörte, und die Frage der Eintragung von Amtswegen zu prüfen war, wird durch den neuen § 66 die Eintragung im Börsenregister als Prozeßvoraussetzung beseitigt.

Die größere Bedeutung dieser Neuerung liegt aber auf ihrer positiven Seite. Wird nämlich von der Einrede kein Gebrauch gemacht, so erlangt das Börsenterminggeschaft volle zivilrechtliche Wirksamkeit und Klagbarkeit, auch wenn ein Kontrahent zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht in dem in Betracht kommenden Börsenregister eingetragen war.

Mit dieser neuen Bestimmung ist die reichsgerichtliche Definition des Begriffes „Börsenterminggeschäft", die wie oben ausgeführt, dem neuen § 48 des Entwurfs zu grunde gelegt wurde, wieder überwunden. Darnach soll nämlich die Norm des § 66 auf alle Geschäfte anzuwenden sein, die nach ihrem materiellen Inhalt und ihrer wirtschaftlichen Natur und Zweckbestimmung unter die Geschäfte fallen, die der Gesetzgeber nur den im Börsenregister eingetragenen Personen mit Rechtswirksamkeit hat gestatten wollen. Es sind also nach dieser Definition zwei Merkmale, die ein Geschäft zum Börsentermingeschäft machen, nämlich einmal der materielle Charakter des Geschäfts und dann die formelle Voraussetzung der Eintragung beider Parteien im Börsenregister. Dieses letztere Erfordernis ist von dem Entwurf für § 66 fallen gelassen. Der Mangel der Eintragung des einen Teils kann nunmehr geheilt werden durch Ablauf der Zeit, und es ist somit die beiderseitige Eintragung in das Börsenregister kein absolutes Begriffsmerkmal des Börsenterminggeschäftes mehr.

Ueberwunden ist jene reichsgerichtliche Definition auch im § 67a, da auch hier bei besonders qualifizierten Kontrahenten die zivilrechtliche Wirksamkeit von Börsenterminggeschäften statuiert wird, auch wenn nicht beide Teile zur Zeit des Geschäftsabschlusses in dem in Betracht kommenden Börsenregister eingetragen waren. Die Abweichung von der reichsgerichtlichen Definition betrifft zwar auch hier die Beseitigung des Börsenregisters als wesentliches Element zur Rechtswirksamkeit von Börsenterminggeschäften, bewegt sich aber doch nach einer anderen Richtung hin wie im § 66. Während nämlich der letztere Paragraph eine relative Wirksamkeit von Börsenterminggeschäften trotz des negativen Tatbestandsmerkmals der Nichteintragung in's Börsenregister zuläßt, knüpft § 67a die absolute Wirksamkeit von solchen Geschäften an das positive Tatbestandsmerkmal der Eintragung in das Handelsregister oder an den Umstand, daß die Kontrahenten berufsmäßig Bankier- oder Börsengeschäfte betreiben, oder eine Börse nicht blos vorübergehend besucht haben, mit anderen Worten: § 66 beseitigt die absolute Nichtigkeit der ohne beiderseitige Eintragung der Kontrahenten

im Börsenregister abgeschlossenen Börsenterminge schäfte, § 67a ersetzt das Merkmal der Eintragung im Börsenregister überhaupt durch andere Merkmale.

Es erhebt sich nun die Frage, ob § 67a dahin zu verstehen ist, daß nur der zur Zeit des Geschäftsabschlusses in das Handelsregister eingetragene Kaufmann, sowie die ihm in diesem Paragraphen gleichgestellten Kontrahenten ihren weder ins Börsenregister eingetragenen noch nach § 67a zu beurteilenden Gegenkontrahenten gegenüber den Registereinwand nicht erheben dürfen, oder ob man nicht vielmehr annehmen muß, daß die in's Börsenregister eingetragenen und die unter die Bestimmung des § 67a fallenden Kontrahenten den Registereinwand mit Bezug auf ihre nach § 67a zu beurteilenden Gegenkontrahenten ebenfalls nicht erheben dürfen. Nach dem strengen Wortlaut der §§ 66 und 67a wäre die Erhebung des Registereinwandes in den zuletzt genannten Fällen möglich. Denn § 66 läßt unentschieden, welcher Kontrahent berechtigt sein soll, den Mangel der Eintragung einer Partei zu rügen, und § 67a verbietet nur den in ihm genannten Kontrahenten, sich auf ihre eigene Nichteintragung im Börsenregister zu berufen, ohne auszusprechen, daß diesen Kontrahenten auch der Einwand der mangelnden Eintragung des Gegners versagt sei. Aber es ist sicherlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Erhebung des Registereinwands immer nur im Hinblick auf den eigenen Mangel und nie auf den des Gegners zuzulassen.

Zu einer solchen Auffassung berechtigt die folgende Erwägung. Bei der Einführung des Börsenregisters ging man davon aus, daß derjenige, der sich eintragen lasse, „eine wirtschaftlich berechtigte Veranlassung habe, sich des Börsenterminhandels als eines Mittels zur Erleichterung und Sicherung seiner geschäftlichen Unternehmungen zu bedienen.[1]) Die Eintragung in das auf grund dieser Auffassung eingeführte Börsenregister setzt also eine wirtschaftlich berechtigte Veranlassung, Börsentermingeschäfte abzuschließen, mithin regelmäßig eine genaue Kenntnis der in Betracht kommenden Verhältnisse voraus. Es würde sich also, wollte man dem ins Börsenregister Eingetragenen die Erhebung des Registereinwandes mit Bezug auf seinen nach § 67a zu beurteilenden Gegenkontrahenten, beispielsweise einem in's Handelsregister eingetragenen Kaufmann, gestatten, die nicht zu rechtfertigende Erscheinung ergeben, daß der mit größerer Sachkenntnis ausgestattete Fachmann sich einem drohenden Verluste entziehen könnte, während bei dem andern die Erhebung des Registereinwands hinsichtlich seiner Person nach § 67a unzulässig und hinsichtlich seines Gegners unbegründet wäre.

---

[1]) Entwurf eines Börsengesetzes nebst Begründung, Berlin 1896, S. 58.

Ebenso unhaltbar wäre es, wenn beide Kontrahenten den Voraussetzungen des § 67a entsprächen, und der eine den Registereinwand mit Bezug auf den andern erheben könnte. Beide Kontrahenten sind hier hinsichtlich des Maßes ihrer Kenntnis der einschlägigen Verhältnisse gleichgestellt. Wenn hier also jeder Kontrahent den Registereinwand mit Bezug auf die mangelnde Eintragung des Gegenkontrahenten erheben könnte, so wären diese Kontrahenten des § 67a im börsentermingeschäftlichen Verkehr unter einander hinsichtlich der Erhebung des Registereinwandes solchen Kontrahenten gleichgestellt, die weder im Börsenregister eingetragen sind, noch den Voraussetzungen des § 67a entsprechen. Dann aber wäre § 67a nur geschaffen worden mit Rücksicht auf die im Börsenregister eingetragenen Gegenkontrahenten — ein Grund mehr für die Annahme, daß auch den letzteren der Registereinwand hinsichtlich ihrer nach § 67a zu beurteilenden Gegenkontrahenten versagt ist. Dann aber darf auch den Kontrahenten des § 67a unter einander der Einwand mit Bezug auf den anderen Teil nicht zustehen.

Der Gesetzgeber scheint übrigens die aktive Form für die Bestimmung des § 67a nur in Ausführung seiner Absicht gewählt zu haben, durch Einbeziehung der dort genannten Personen in den Kreis der Kontrahenten, die Börsentermingeschäfte rechtswirksam abschließen können, die Zahl derselben zu vergrößern.

Schließlich kann zum Beweise für die Annahme, daß der Registereinwand nur mit Bezug auf die eigene Nichteintragung erhoben werden könne, auch § 68 Abs. II des Entwurfes herangezogen werden. Nach diesem ist in Ansehung der Personen, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben, die Eintragung in das Börsenregister nicht erforderlich. § 69 Abs. II des Entwurfes entzieht diesen Kontrahenten den Differenzeinwand, während die Motive S. 23 erklären, daß die Geltendmachung des Differenzeinwandes dem Schuldner insoweit versagt sein soll, als er auch den Registereinwand nicht erheben kann. Hieraus folgt, daß bei der Entziehung des Registereinwandes den davon Betroffenen die Fähigkeit genommen werden will, den Registereinwand mit Bezug auf den eigenen Mangel zu erheben und daß bei der Regelung dieser Frage überhaupt nur an die Erhebung des Einwandes hinsichtlich des eigenen Mangels gedacht ist.

Trotz der Möglichkeit, mit einer in der angegebenen Weise einzuschränkenden Auslegung des § 67a dem Sinne desselben gerecht zu werden, würde es sich vielleicht doch empfehlen, dem § 66 Abs. I, auf den die folgenden Bestimmungen über den Registereinwand alle zurückgehen, eine Form zu geben, die jede andere Auffassung ausschließt. Hiezu wäre u. E. der folgende Wortlaut geeignet:

„Die Erfüllung der durch ein Börsentermingeschäft begründeten
„Verbindlichkeit kann nur von demjenigen verweigert werden,

„welcher zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht in ein Börsen-
„register für den Geschäftszweig eingetragen war, dem das
„Geschäft angehört.

Jedenfalls ist für den großen Kreis der ins Handelsregister eingetragenen Kaufleute der Registereinwand keine Waffe mehr zur Anfechtung von Börsenterminge schäften, und zwar gilt dies ohne die Einschränkung des § 48 Abs. II, wonach die ins Handelsregister eingetragenen Kaufleute die den Gegenstand des Geschäfts bildenden Waren in ihrem Geschäftsbetrieb ankaufen und verkaufen müssen, um vor dem Registereinwand sicher zu sein. Diese letztere Folge ist den Geschäften der ins Handelsregister eingetragenen Kaufleute, sowohl der in § 48 Abs. II als der in § 67 a erwähnten, gemeinsam. Der Unterschied ist jedoch der, daß erstere dem Differenzeinwand ausgesetzt sind, letztere nach § 69 Abs. II aber nicht. Es ergibt sich also folgendes Resultat:

Die Geschäfte des § 48 Abs. II, bei welchen in's Handelsregister eingetragene Kaufleute Geschäfte in Waren abschließen, deren Umsatz zu ihrem Geschäftsbetriebe gehört und die also — auch nach Ansicht der Motive — regelmäßig keine Differenzgeschäfte sind, können mit dem Differenzeinwande angefochten werden; die Geschäfte des § 67 a, bei welchen ebenfalls in's Handelsregister eingetragene Kaufleute Geschäfte abschließen, die aber recht wohl auch Differenzgeschäfte sein können, sind vor dem Differenzeinwande gesetzlich geschützt.

IV.

Die Frist zur Erhebung der Einreden und das Schuldanerkenntnis.

Der § 68 a enthält in seinem I. Absatz genauere Bestimmungen über die Frist zur Erhebung der im § 51 Abs. III und im § 66 Abs. I erwähnten Einreden. Danach läuft die Frist sechs Monate von dem Augenblicke an, in welchem dem einen Teile eine schriftliche Mitteilung des anderen Teiles über die Art und das Ergebnis der Abwickelung des Geschäfts zugegangen ist. Nach § 68 a Abs. II ist dem Schuldner jedoch die Einrede dann versagt, wenn er bei oder nach Absendung oder Empfang der schriftlichen Mitteilung über die Abwickelung des Geschäfts seine Verbindlichkeit schriftlich und ausdrücklich anerkannt hat. Nach § 68 c endlich ist auch mit der telegraphischen Uebermittlung die schriftliche Form, wie sie § 68 a verlangt, gewahrt; in diesem Falle kann nachträglich eine entsprechende schriftliche Erklärung verlangt werden.

Wird von der Einrede des § 51 Abs. III oder des § 66 Gebrauch gemacht, so hat dies nach § 68 a Abs. I in der Weise zu

geschehen, daß der Schuldner innerhalb einer Frist von sechs Monaten die Verweigerung der Erfüllung dem anderen Teile „erklärt." In dieser Bestimmung liegt zweierlei.

Einmal das Erfordernis, daß zur Wirksamkeit der Verweigerung der Erfüllung bloße Nichterfüllung auch dann nicht genügt, wenn eine Aufforderung zur Erfüllung vorausgegangen war.[1]) Die Erklärung muß also tatsächlich erfolgen. Es ist somit hier die Fiktion, daß das Schweigen des einen Kontrahenten als Annahme des Angebots des anderen Kontrahenten gilt, streng durchgeführt. Nur hat der Schuldner sechs Monate Zeit, den Eintritt dieser Fiktion zu verhindern, während in allen Fällen des Handelsrechts, bei welchen Schweigen als Annahme gilt, die Ablehnung unverzüglich erklärt werden muß bei Vermeidung des sofortigen Eintritts der Annahmefiktion (vergl. §§ 362, 377, 386, 391, 438 des H. G. B.).

Es dürfte zu erwägen sein, ob eine so beträchtliche Frist, während welcher das Geschäft zwischen Rechtsbeständigkeit und Rechtsunwirksamkeit schwebt, unbedingt erforderlich ist, um das Interesse des Schuldners zu wahren.

Andererseits enthält die Vorschrift über die Erklärung des Schuldners keinerlei Bestimmung über eine besondere Form dieser Erklärung. Da auch das subsidiär geltende Recht, das Handelsrecht und das bürgerliche Recht, über eine solche Form nichts vorschreibt, so darf angenommen werden, daß die Form dieser Erklärung dem Verkehr überlassen bleibt. Sie kann ebenso wirksam mündlich oder telefonisch, als schriftlich oder telegrafisch abgegeben werden.

Als schriftliche Mitteilung nach § 68a Abs. I soll gemäß § 68c auch eine telegrafische Nachricht genügend sein. Der Schuldner hat aber in diesem Falle das Recht, eine schriftliche Erklärung auch noch zu verlangen, damit durch eine ordnungsgemäße Beurkundung das Prinzip der Schriftlichkeit gewahrt ist (§§ 126, 127 B. G. B.).

Was den Begriff der in § 68a Abs. I erwähnten Abwickelung anlangt, so ist hier der Ansicht der Motive zuzustimmen, daß die Abwickelung des § 68a an kein anderes Stadium des Geschäfts anknüpft, als im bisherigen § 66 Abs. IV angenommen wurde, obwohl dort von „völliger" Abwickelung die Rede ist. In Frage kommt bei dieser Unterscheidung wohl nur die Prolongation, da dieselbe nicht allgemein als ein neues Geschäft, sondern verschiedentlich als eine weitere Phase in der Entwicklung des Geschäfts angesehen wurde. Demgegenüber hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 4. Februar 1903 ausgesprochen, daß die Prolongation unter den Begriff der völligen Abwickelung falle, eine Ansicht, der vollkommen beigepflichtet werden muß.

---

[1]) Motive S. 20.

Im Absatz II des § 68a wird der Möglichkeit, die Erfüllung zu verweigern, eine andere als zeitliche Grenze gezogen, und zwar insofern, als dem Schuldner, welcher bei oder nach Absendung oder Empfang der erwähnten Mitteilung über die Abwickelung seine Verbindlichkeit schriftlich und ausdrücklich anerkannt hat, die Einrede versagt ist. Bezüglich der Form dieses Anerkenntnisses geht der Entwurf hier weiter als das Handelsgesetzbuch.[1]) Im § 350 ist nämlich ausgesprochen, daß auf ein Schuldanerkenntnis die strengen Formen des bürgerlichen Rechts keine Anwendung finden, während der Entwurf im § 68a Abs. II die Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit des Anerkenntnisses verlangt und sich somit auf den strengeren Standpunkt des § 781 B. G. B. stellt.

Die Mitteilung über Art und Ergebnis der Abwickelung des Geschäfts ist nichts anderes als eine Abrechnung, die entweder ohne Gewinn oder ohne Verlust abschließt, oder mit einem Saldo zu Gunsten eines Kontrahenten. Hat der Schuldner seine Verbindlichkeit aus einer solchen Abrechnung schriftlich und ausdrücklich anerkannt, so kann er weder geltend machen, daß das seiner Verbindlichkeit zu grunde liegende Börsentermingeschäft in solchen Waren oder Wertpapieren abgeschlossen wurde, in denen der Börsentermin-handel untersagt ist, noch kann er sich darauf berufen, daß nicht beide Teile zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister für den Geschäftszweig eingetragen waren, dem das Geschäft angehört. Diesem Schuldner steht die Frist des § 68a Abs. I nicht zu Gebote, und er ist somit einem solchen Kontrahenten gleichgestellt, der die für die Einrede aus § 51 Abs. III und § 66 gesetzte Frist untätig hat verstreichen lassen.

Wir haben also hier wieder eine weitere Möglichkeit zu verzeichnen, daß Börsentermingeschäfte, die entgegen dem Verbote der §§ 50 und 51 des B. G. oder ohne Rücksicht auf das Erfordernis der Eintragung im Börsenregister abgeschlossen wurden, wirksam sind, und ferner haben wir festzustellen, daß der Entwurf diese Rechtswirksamkeit hier zum erstenmal nicht erst nach Ablauf einer dem Schuldner zur Erhebung von Einwänden gewährten Frist eintreten läßt, sondern sofort, wenn der Schuldner der Voraussetzung des § 68a Abs. II entsprochen hat. Erkennt er jedoch seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in der gesetzlichen Form an, so steht ihm allerdings noch die Frist von sechs Monaten zu für die Erklärung, daß er die Erfüllung verweigere. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß der Schuldner sich auf § 51 Abs III oder auf § 66 berufen kann. Der nichtanerkennende Schuldner hat also die Stellung

---

[1]) Merzbacher: Der Entwurf der Novelle zum Börsengesetz, in der Zeitschrift: „Das Recht", 1904, Nr. 7.

eines Kontrahenten, der die Einrede aus § 51 Abs. III oder § 66 erheben kann, soferne diese Paragraphen auf das betreffende Geschäft anwendbar sind.

Es erhebt sich nun die Frage, ob sich die Anwendbarkeit des § 68a, insbesondere des Absatzes II nur auf den Einzelfall eines Börsentermingeschäfts beschränkt, und ob bezüglich solcher Börsentermingeschäfte, die in einem formgerecht anerkannten Saldo einer Kontokurrent-Abrechnung enthalten sind, die Erfüllung verweigert werden darf. Die Frage ist zu verneinen. Hiebei muß zunächst betont werden, daß aus dem Wortlaut des § 68a, der nur von der Verbindlichkeit aus „einem" Börsentermingeschäft spricht, nichts für die Bejahung dieser Frage gefolgert werden kann, da ja der Gesetzgeber von den Geschäften, die er meint, immer nur in der Einzahl spricht. Was aber von dem Geschäfte in der Einzahl gilt, das gilt auch für die Mehrzahl. Und was enthält denn ein Kontokurrent anderes, als eine Mehrheit von Einzelabschlüssen? Man müßte schon aus dieser Erwägung heraus auch demjenigen, der den Saldo einer Kontokurrentabrechnung anerkannt hat, die Einrede versagen. Aber die Eigentümlichkeit des Kontokurrents und die des Saldos rücken die Frage in ein ganz anderes Licht.

In der Denkschrift zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches (S. 212), in welchem das Recht des Kontokurrentverhältnisses auf breiterer Grundlage geregelt ist, als im Art. 291 des Allgemeinen Deutschen Handesgesetzbuches, wird nämlich als Zweck des Kontokurrentverhältnisses angegeben:

„Die aus einem dauernden Geschäftsverkehre sich ergebenden „Beziehungen zu vereinfachen und die Vielheit der gegenseitigen „Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzigen „Forderungspostens zu ersetzen.

Es ist also zwar im wesentlichen eine rechnerische Operation, die der Entstehung des Kontokurrentbegriffes zu grunde liegt. Aber die Ziehung des Saldos bei einer Kontokurrentabrechnung hat infolge der unifizierenden Wirkung des Kontokurrents den Erfolg, daß die Einzelposten ihrer juristischen Wesenheit entkleidet und zu rechnerischen Faktoren gemacht werden, während der Saldo allein das Objekt der aus dem Kontokurrentverhältnis sich ergebenden Forderung bildet. [1]) Bei dieser novierenden Wirkung des Saldos ist es natürlich unstatthaft, einzelne Mängel von dem Saldo zu grunde liegenden Geschäften zu rügen, um so mehr, wenn dieser anerkannt ist. Ja man darf sogar behaupten, daß der Saldo aus einer Kontokurrentabrechnung nicht nach Börsenrecht zu beurteilen ist, mögen demselben auch noch so viele Börsentermingeschäfte zu grunde gelegen haben, sondern nach den §§ 355, 356, 357 H. G. B.

---

[1]) Gareis, Handelsgesetzbuch, München 1900, Anm. 1 zu § 355.

V.

Rückforderung der Erfüllungsleistung, Aufrechnung, Sicherheiten.

gegen Forderungen des Schuldners aus anderen Börsentermingeschäften aufzurechnen, wenn auch der Schuldner die Einrede aus § 51 Abs. III oder aus § 66 erhebt. § 68b Abs. III schließlich gestattet dem Gläubiger, sich aus einer für die Forderung bestellten Sicherheit zu befriedigen, wenn nur der Besteller derselben ihm gegenüber schriftlich erklärt hat, daß die Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsentermingeschäften dienen soll, und in dieser Erklärung die Wertpapiere, sofern die Sicherheit aus solchen besteht, nach Gattung und Zahl oder Nennwert aufgeführt sind.

Der § 68b Abs. I hat den Wortlaut des bisherigen § 66 Abs. IV, nur daß das Wort „völliger" fortgeblieben ist. Es wurde aber schon oben erwähnt, daß hiemit keine Aenderung im Begriffe der Abwickelung beabsichtigt und erreicht ist. Denn bezüglich dieses Begriffes hält der Entwurf offenbar an der Auffassung des Reichsgerichts fest, wie sie in der Entscheidung vom 4. Februar 1903 niedergelegt ist. Danach gilt ein Geschäft in dem Moment für abgewickelt, in welchem feststeht, daß der Verkäufer nunmehr zu liefern, der Käufer aber zu empfangen und den Kaufpreis zu zahlen hat. Alles was vor diesem Zeitpunkt geleistet wird, gilt somit regelmäßig nicht als Erfüllung, und wird wie ein Guthaben des leistenden Teiles behandelt, für welches die Vorschriften über die Bestellung von Sicherheiten gelten. Es geht also nicht in das Eigentum des Besitzers über, wie das zur Erfüllung Geleistete. Letzteres ist nun aber das, was in oder nach dem oben erwähnten Zeitpunkt an den anderen Teil gezahlt wird.

Die Neuregelung der Bestimmung über die Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten ist keine sehr weitgehende. Es war nämlich schon im bisherigen § 66 eine solche Bestimmung vorgesehen, obwohl nicht blos die Klagbarkeit, sondern auch die Erfüllbarkeit von Börsenterminegeschäften, bei welchen nicht beide Teile im Börsenregister eingetragen waren, versagt war. Nunmehr sind mit einem Mangel behaftete Börsentermingeschäfte nicht nur erfüllbar, sondern auch, wenn die Frist ohne Erhebung der Einrede verstrichen ist, klagbar. Wird aber auf grund des § 66 Abs. I die Erfüllung verweigert, so kann wenigstens das zur Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden. Ebenso dann nicht, wenn gemäß § 51 Abs. III die Erfüllung verweigert wird. Trotzdem muß im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung der dem bisherigen § 66 Abs. I zuwider geschlossenen Börsentermingeschäfte behauptet werden, daß § 66 Abs. IV eine größere Bedeutung hatte, als der nunmehrige § 68b Abs. I, zumal da das Geleistete dann zurückgefordert werden darf, wenn die Vorschriften über die Bestellung von Sicherheiten nicht beachtet sind oder die Voraussetzung nicht zutrifft, daß es sich um Herstellung eines Guthabens handelt. Der § 68b Abs. II ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil hier zum erstenmal dem

Gläubiger die Möglichkeit gewährt wird, auf Handlungen des Schuldners, welche die Rechtsbeständigkeit abgeschlossener Geschäfte gefährden, mit einem Vorgehen zu antworten, das die Rechtsbeständigkeit der Geschäfte zu sichern oder wenigstens den Gläubiger schadlos zu halten geeignet ist. Wie weit erstreckt sich nun diese Aufrechnungsmöglichkeit? Merzbacher[1]) ist der Anschauung, daß die Aufrechnung ohne jede zeitliche Begrenzung zulässig ist, wenn die betreffenden Geschäfte zwischen denselben Kontrahenten abgeschlossen wurden, und daß „alle während der bestehenden Geschäftsverbindung zwischen den Parteien vom Schuldner früher erzielten Gewinne aufgerechnet werden" können. Die Aufrechnung ohne jede zeitliche Begrenzung ist jedenfalls nur cum grano salis zu verstehen. Denn sie unterliegt derselben Beschränkung, der jede Aufrechnung unterliegt, nämlich der Verjährung der aufzurechnenden Forderung. Ob aber auch weiterhin alle von dem Schuldner früher erzielten Gewinne, sofern sie aus derselben Geschäftsverbindung herrühren, aufrechnungsfähig sind, muß bezweifelt werden angesichts der Grenzen, die der Aufrechnung in den Motiven gezogen sind. Die Forderungen, die aufgerechnet werden sollen, müssen nämlich noch schwebende sein. Was diese Voraussetzung sagen will, das ist in den Motiven weiter unten deutlich zum Ausdruck gebracht (S. 23). Danach ist vor allem der Grundsatz zu beachten, daß „mit dem Anerkenntnis eines Rechnungssaldos die zu grunde liegenden Einzelposten bis auf den Saldo als ausgeglichen und getilgt gelten", und dann der weitere Grundsatz, daß „die auf eine wenn auch nicht einwandfreie Forderung aus Börsenterminegeschäften geleistete Zahlung nicht widerruflich sein soll."

Unseres Erachtens sind mit diesen Grundsätzen die Fälle, in welchen aufrechnungsfähige Forderungen möglich sind, umgrenzt: entweder die aufzurechnende Forderung ist ein Einzelposten, der einem Saldo mit zu grunde liegt; dann ist sie nur aufrechnungsfähig, solange der Saldo nicht anerkannt ist. Denn wir haben gesehen, daß das Reichsgericht in den angeführten Entscheidungen davon ausging, daß das Anerkenntnis eines Saldos einer vertragsmäßigen Aufrechnung der ihm zu grunde liegenden Einzelposten untereinander gleichkommt. Und eine bereits aufgerechnete Forderung kann man nicht nocheinmal mit einer zweiten Forderung kompensieren. Nun die weitere Möglichkeit, daß die aufzurechnende Forderung keinem Saldo zu grunde liegt, daß sie ein Einzeldasein führt, weil beispielsweise die Parteien einen Kontokurrentverkehr nicht verabredet haben. Eine solche Forderung ist aufrechnungsfähig, soweit der Gläubiger sie noch nicht bezahlt hat. Hier sagen die Motive selbst, daß die

[1]) a. a. O. unter 7, b.

Verwendung einer schon bezahlten Gegenforderung zur Aufrechnung von selbst ausgeschlossen ist.

Aufrechnungsfähig sind somit nur solche Gegenforderungen aus anderen Börsenterminegeschäften, die noch schweben, d. h. entweder noch nicht bezahlt oder Einzelposten eines Rechnungssaldos sind, der nicht oder noch nicht anerkannt ist, und die zwischen denselben Kontrahenten zur Entstehung gelangt sind. Dabei schadet es der Aufrechnungsfähigkeit dieser Gegenforderungen an sich nichts, wenn der Schuldner ihre Erfüllung verweigern könnte. Denn er tut ja bezüglich der Forderungen seines Gegenkontrahenten das Gleiche. Die Erfüllung kann gemäß § 51 Abs. III von allen Kontrahenten ohne Unterschied ihrer fachmännischen Qualitäten verweigert werden. Infolgedessen wird auf diesem Gebiete auch die größere Möglichkeit liegen, mit der Aufrechnung des 68b Abs. II zu operieren. Nicht so bezüglich der Erfüllungsverweigerung nach § 66. Hier ist, wie im III. Teile dieser Schrift gezeigt wurde, der Registereinwand den im Börsenregister Eingetragenen, sowie den nach §§ 67a und 68 Abs. II zu beurteilenden Kontrahenten versagt. Im Börsenterminegeschäftsverkehr dieser Personen unter einander ist demnach Erfüllungsverweigerung und damit Aufrechnung verweigerungsreifer Gegenforderungen nicht möglich. Die Aufrechnung gegenüber einem nach § 66 die Erfüllung verweigernden Schuldner ist sohin nur denkbar, wenn dieser weder im Börsenregister eingetragen noch nach §§ 67a und 68 Abs. II zu beurteilen ist.

Wird nun die Erfüllung verweigert, so kann der Gläubiger aufrechnen. Es ist zwar eine Tatfrage, ob der Gläubiger solche Gegenforderungen, die sich nach § 68b Abs. II zur Aufrechnung eignen, gegen seinen Schuldner wird aufweisen können. Es ist aber im allgemeinen nicht anzunehmen, daß der Schuldner angesichts der ihm günstigen Bestimmung, daß nur schwebende Forderungen aufrechnungsfähig sind, allenfallsige Forderungen an seinen Gegenkontrahenten solange nicht einziehen wird, bis diese gegen etwaige Verluste von seinem Gegner aufgerechnet werden, besonders dann, wenn sich der Schuldner gegen diese Verluste durch Berufung auf §§ 51 Abs. III oder 66 schützen kann.

Die Motive räumen selbst das Mißliche dieses Zustandes ein (S. 23). Es muß deshalb u. E. erwogen werden, ob sich nicht angesichts dieser ungleichen Behandlung der Kontrahenten doch ein Abgehen von dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit geleisteter Zahlungen vielleicht nach der Richtung hin empfehlen würde, daß die Gewinnauszahlungen, die aus unklagbaren Geschäften erfolgten, zurückgefordert werden dürfen, gleichgiltig ob diese Geschäfte gegen die Vorschriften der §§ 50, 66 oder 69 verstoßen haben.[1])

[1]) Vergl. hiezu die Resolution des 2. deutsch. Bankiertages v. 16. 17. Mai 1904

Eine durchgreifende Regelung enthält dagegen der Absatz III des § 68 gegenüber der bisherigen Rechtslage. Der § 66 Abs. III sprach die Unwirksamkeit bestellter Sicherheiten für den Fall der Unwirksamkeit des Hauptgeschäftes aus. Das wird durch den Entwurf dahin geändert, daß die Sicherheiten auch für den Fall wirksam bleiben, daß bezüglich des Hauptgeschäfts die Erfüllung verweigert wird, sofern sie nur formgerecht bestellt worden sind. Ist das der Fall, so wirken sie wie eine Kaution dafür, daß der Schuldner die Erfüllung nicht verweigert. Nach der Begründung liegt im § 68b Abs. III das unausgesprochene Recht des Schuldners, die Sicherheit oder einen bestimmten Teil derselben als nicht haftbar für ein neu abzuschließendes Geschäft zu erklären. Das mag wohl zutreffen; aber eine Bedeutung für den Verkehr wird dieses Recht schwerlich gewinnen, denn es wird wohl kein Gläubiger auf die ihm günstige Bestimmung des § 68b Abs. III freiwillig Verzicht leisten.

Ebenso spricht § 68b Abs. III keineswegs aus, daß die Sicherheit immer nur für ein bestimmtes Geschäft Geltung haben solle und daher von Fall zu Fall neuerdings bestellt werden müsse. Soweit geht die Absicht des Entwurfes nicht; die Sicherheit kann vielmehr ganz allgemein bestellt werden, nur muß der Besteller schriftlich erklären, daß sie zur Deckung von Verlusten aus Börsenterminegeschäften dienen soll, und, falls die Sicherheit aus Wertpapieren besteht, die Erklärung eine Aufzählung derselben nach Gattung und Zahl oder Nennwert enthalten.

Da einerseits, wie schon bemerkt, anzunehmen ist, daß die auch bisher regelmäßige Bestellung von Sicherheiten auf grund der Bestimmung des § 68b Abs. III auch weiterhin bei dem Abschluß von Börsenterminegeschäften ausbedungen werden wird, und da andererseits damit gerechnet werden darf, daß dadurch die Fälle, in welchen der Schuldner die Erfüllung verweigert, seltener werden, so muß die Bestimmung des § 68b Abs. III als eine der wirksamsten des ganzen Entwurfes in Bezug auf Erhaltung der Rechtswirksamkeit abgeschlossener Börsenterminegeschäfte bezeichnet werden.

VI.

Der Differenzeinwand.

§ 69 Abs. I versagt den im Börsenregister Eingetragenen den Differenzeinwand. § 69 Abs. II spricht dasselbe aus bezüglich der nach § 67a und § 68 Abs. II zu beurteilenden Kontrahenten, und § 69 Abs. III überträgt die analogen Bestimmungen der §§ 68a bis 68c auf den Differenzeinwand.

Der § 69 Abs. I enthält nur redaktionelle Aenderungen gegenüber dem bisherigen § 69. Denn der Differenzeinwand aus § 764 B. G. B. konnte vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches nur seinem Inhalte nach angegeben werden. Den darauf bezüglichen Wortlaut durfte der nach dem obigen Zeitpunkt erscheinende Entwurf fortlassen und konnte sich auf die Anführung des § 764 B. G. B. beschränken.

Es darf also wie bisher auch nach dem Entwurf der zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Börsenregister eingetragene Kontrahent den Differenzeinwand nicht erheben und als Folge hievon: Differenzgeschäfte zwischen Kontrahenten, die im Börsenregister eingetragen sind, haben Giltigkeit. Aus dieser Fassung des § 69 Abs. I geht unzweifelhaft hervor, daß nur der Nichteingetragene berechtigt ist, den Differenzeinwand zu erheben, und zwar nur in Bezug auf den eigenen Mangel. Die Motive (S. 23) enthalten den Satz, daß der Entwurf dem Schuldner den Differenzeinwand insoweit entzieht, als ihm auch der Registereinwand versagt ist. In Konsequenz dieses Gedankens wurde Abs. II angefügt. Das Bestreben, die Stellung des Gläubigers einer Differenzschuld genau so zu gestalten, wie die des Gläubigers, dessen Schuldner den Registereinwand erhebt, führt zu dem gewiß nicht gewollten Ergebnis, daß infolge der im Abs. III zugelassenen Anwendung des § 68b Abs. I dem den Differenzeinwand erhebenden Schuldner die Rückforderung des vor der Abwickelung des Geschäfts zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleisteten gestattet ist.

Dadurch ist aber der Gläubiger einer Differenzschuld, dessen Schuldner nicht im Börsenregister eingetragen ist, schlechter gestellt, als er es nach dem Gesetze in seiner bisherigen Fassung war. Bezüglich der Rückforderung des Geleisteten war nämlich mangels besonderer Bestimmung die subsidiäre des bürgerlichen Gesetzbuches maßgebend. In dieser Hinsicht bestimmt § 762 B. G. B. allgemein, daß das zur Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, in welchem diese Leistung erfolgte. Dagegen kann nach dem Entwurfe, wie schon bemerkt, das bei oder nach der Abwickelung Geleistete nicht zurückgefordert werden, wohl aber das vor der Abwickelung Geleistete.

Diese Konsequenz des Gesetzgebers zum Schaden des Differenzgläubigers läßt sich auch mit dem Grunde, den die Motive dafür ins Feld führen, nur ungenügend rechtfertigen, zumal da der Entwurf die drei Einwände, mit denen er, ebenso wie das Gesetz von 1896, operiert, auch sonst nicht in allen Punkten ganz gleich behandelt hat. So liegt z. B. gerade in der Zulassung des ganzen § 68b für die Fälle der Erhebung des Differenzeinwandes insoferne eine Inkonsequenz, als die bestellten Sicherheiten, wenn die in Betracht kommenden Vorschriften befolgt worden sind, durch die Erhebung

des Differenzeinwandes nicht berührt werden, andererseits aber das vor Abwickelung des Geschäfts zur Erfüllung Geleistete mit dem Differenzeinwande zurückgefordert werden kann, wenn auch die Vorschriften über die Bestellung von Sicherheiten hinsichtlich dieses vor der Abwickelung Geleisteten noch so genau erfüllt sind. Der Entwurf legt also hier mehr Wert auf die Unantastbarkeit der bei dem Gläubiger hinterlegten Sicherheit, als auf das von den Motiven als Gegengrund gegen angesonnene Reformen so stark betonte Prinzip von der Unwiderruflichkeit geleisteter Zahlungen. Nehmen wir einmal den Fall, daß ein Differenzschuldner, der weder im Börsenregister eingetragen, noch gemäß §§ 67a oder 68 Abs. II zu beurteilen ist, vor der Abwickelung des Geschäfts zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Zahlung geleistet und gleichzeitig eine Anzahl Wertpapiere in Ausführung der Formvorschrift des § 68b Abs. III bei dem Gläubiger als Sicherheit hinterlegt hat, aber innerhalb der Frist von sechs Monaten nach Empfang der Mitteilung über Art und Ergebnis der Abwickelung des Geschäfts dem Gläubiger erklärt, er verweigere die Erfüllung auf grund des § 764 B. G. B., daß ferner kein Anerkenntnis von ihm vorliegt, und für den Gläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung nicht besteht. Die Situation ist dann die, daß nach dem Willen der neuen Bestimmungen das zur Erfüllung Geleistete zurückverlangt werden kann, während die Sicherheit dem Gläubiger zur Befriedigung verbleibt. Dieses Ergebnis kann ja wohl in besonders gelagerten Fällen eine volle Befriedigung des Gläubigers mit sich bringen, vom theoretischen Standpunkte aus kann es jedenfalls nicht als ein vollkommenes bezeichnet werden. Im einzelnen sind die durch § 69 Abs. III zugelassenen Bestimmungen der §§ 68a, b und c folgendermaßen anzuwenden.

Zunächst ist auch die Erhebung des Differenzeinwandes solchen Geschäften gegenüber nicht mehr zulässig, die dreißig Jahre zurückliegen, sondern sie unterliegt ebenfalls einer Präklusivfrist von sechs Monaten. Bezüglich der Bedenken, die sich gegen diese scheinbar so große Besserung erheben, gilt das bei der Behandlung der anderen Einwände Gesagte.

Diese Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem dem einen Teile eine schriftliche Mitteilung des anderen Teils über Art und Ergebnis der Abwickelung des Geschäfts zugegangen ist. Wird der Differenzeinwand nun rechtzeitig erhoben, d. h. verweigert der Differenzschuldner innerhalb der Frist von sechs Monaten nach Absendung oder Empfang der erwähnten Mitteilung auf grund des § 764 B. G. B. die Erfüllung, so soll es dem Gläubiger erlaubt sein, schwebende Gegenforderungen aus anderen Börsentermingeschäften gegen seine angefochtene Forderung aufzurechnen und Sicherheiten, die ihm von dem Schuldner mit der schriftlichen Erklärung bestellt wurden, daß sie zur Deckung etwaiger Verluste

aus Börsenterminge schäften dienen sollen, zu seiner Befriedigung zu verwenden. Schließlich soll auch die telegraphische Uebermittlung als als genügend für die im § 68a Abs. I und § 68b Abs. III vorgeschriebene schriftliche Mitteilung gelten, und der Schuldner auch das weitere im § 68c genannte Recht haben.

Da neben diesen Einschränkungen des Differenzeinwandes die Berufung auf § 764 B. G. B den im Börsenregister Eingetragenen und den nach §§ 67a und 68 des Börsengesetzes zu beurteilenden Kontrahenten untersagt ist, so rechtfertigt sich wohl die Behauptung, daß sich die Fälle der Erhebung des Differenzeinwandes gegenüber Börsenterminge schäften in der Theorie bedeutend verringert haben.

C. Schluß.

Nach Artikel 2, mit welchem der Entwurf abschließt, sollen die Bestimmungen der §§ 51 Abs. III, 66, 68a, b, c und 69 Abs. III rückwirkende Kraft haben, die Vorschriften über die Rechtswirksamkeit von Anerkenntnissen und Sicherheiten aber nur dann, wenn sie nach dem Inkrafttreten der Novelle betätigt werden. Wenn eine Mitteilung nach § 68a Abs. I vor dem Inkrafttreten der Novelle erfolgt, so soll die dortselbst gesteckte Frist von sechs Monaten nicht vor Ablauf eines Monates nach dem Inkrafttreten der Novelle endigen.

Die Festsetzung dieser Norm entspricht dem Interesse des Gesetzgebers an einer geordneten, ungestörten Ueberleitung der bisherigen Rechtsverhältnisse in die neuen gesetzlichen Bestimmungen.

Auch im einzelnen sind die Vorschriften des Artikels 2 u. E. vollkommen gerechtfertigt. Daß die Bestimmungen über die Wirksamkeit von Anerkenntnissen und Sicherheiten keine rückwirkende Kraft haben sollen, erscheint ebenso begründet, wie die Belassung des Rechtes zur Erhebung des Registereinwandes für die nach §§ 67a und 68 zu beurteilenden Kontrahenten, soweit dieselben die Geschäfte vor dem Inkrafttreten der Novelle abgeschlossen haben. Denn die Erwägungen, die zu diesen Neuerungen geführt haben, sind sämtlich Errungenschaften der Novelle und nicht des Gesetzes vom 22. Juni 1896.

Wenn also der deutsche Bankiertag vom 16./17. Mai 1904 zur Begründung seiner Forderung, den Vorschriften der Novelle die rückwirkende Kraft uneingeschränkt zu verleihen, anführt, daß es ein wohlerworbenes Recht zur Erhebung von Einwänden, die in der Begründung selbst als wider Treu und Glauben verstoßend bezeichnet würden, nicht geben könne, so ist dabei übersehen, daß das Gesetz von 1896 ein solches Recht auf Erhebung von Einwänden

sehr wohl kannte, und daß die Erkenntnis von der gegen Treu und Glauben verstoßenden Natur dieser Einwände erst in der Begründung zur Novelle zum Ausdruck gekommen ist.

Der Entwurf zur Novelle des Börsengesetzes von 1896 steht unter dem Zeichen der Einreden. Um die Mittel zur Einschränkung des Terminhandels, die, gegen Auswüchse gerichtet, selbst unhaltbare Zustände gezeitigt haben, nicht ganz zu beseitigen, konstruiert der Entwurf ein System von Einreden, die den früher absolut ungiltigen Geschäften eine vom Ablauf der Zeit bedingte Giltigkeit verleihen. Aber auch auf die Geschäfte erstreckt sich die Einrede, die nach dem bisherigen Gesetz nicht zweifellos ungiltig waren, wenn ihnen auch das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung die zivilrechtliche Wirksamkeit versagt hat. Diese reichsgerichtliche Uebung ist vom Entwurf nun legalisiert worden. Insoferne hat die Behandlung dieser Geschäfte durch den Entwurf — theoretisch wenigstens — eine Verschärfung erfahren.

Dieser „Schutz", den der Entwurf diesen Geschäften durch die sechsmonatliche Frist zur Erhebung der Einrede angedeihen läßt, wäre an sich ein recht fragwürdiges Surrogat für die Rechtsbeständigkeit, die in Wort und Schrift für diese Geschäfte gefordert wurde, wenn nicht noch die Reformen dazukämen, die den Entwurf gewissen naturalia und accidentalia negotii angedeihen läßt, so die Wirksamkeit von Anerkenntnissen und Sicherheiten bei Erfüllung bestimmter Formvorschriften. Schließlich hat der Entwurf noch die Rückforderung des bei oder nach der Abwickelung des Geschäfts zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleisteten untersagt und die Aufrechnung noch schwebender Gegenforderungen zugelassen, und zwar in beiden Fällen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um untersagte Börsentermingeschäfte handelt oder nicht.

Die Normierung dieser Neuerungen, soweit sie alle jene Nebenumstände betreffen, nimmt im Entwurf einen viel breiteren Raum ein, als die Behandlung der Reformen, welche die einzelnen Geschäfte selbst erfahren haben. Der Grund für diese Erscheinung ist in dem Umstande zu suchen, daß der Entwurf regelmäßig keine prinzipielle Aenderung in dem juristischen Charakter der von ihm behandelten Geschäfte eintreten läßt, sondern sich mit dem Schutze von Begleit- und Folgeerscheinungen, welche diese Geschäfte manchmal haben, wie Anerkenntnisse und Sicherheitsbestellungen, sowie mit der Normierung gewisser Möglichkeiten zur Schadloshaltung des Gläubigers, wie des Verbotes der Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten und der Aufrechnung von Gegenforderungen, genug sein ließ.

Die Reformen des Entwurfes sind somit im Vergleich zu den Bestimmungen des Gesetzes von 1896 theoretisch wenig entschneidend. Dagegen wird ihr Einfluß auf die praktische Gestaltung der börsen-

rechtlichen Verhältnisse voraussichtlich kein geringer sein, wenn man auch nach der bisherigen Behandlung des Entwurfes seitens der vom Reichstage eingesetzten Spezialkommission wohl nicht annehmen darf, daß der Entwurf in der Form, wie er dem Reichstage vorgelegt wurde, die Stadien der Gesetzgebung durchlaufen wird.

Anhang.

I.

Die durch Artikel 1 des Entwurfes geänderten Bestimmungen des IV. Abschnittes des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 (Reichs-Gesetzbl. S. 157).

§ 48.

Als Börsentermingeschäfte in Waren oder Wertpapieren gelten Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen (§§ 29, 35) erfolgt.

Als Börsentermingeschäft gilt nicht der Kauf oder die sonstige Anschaffung von Waren, wenn der Abschluß nach Geschäftsbedingungen erfolgt, die der Bundesrat genehmigt hat, und als Vertragschließende nur Erzeuger oder Verarbeiter von Waren derselben Art, wie die, welche den Gegenstand des Geschäfts bilden, oder solche in das Handelsregister eingetragene Kaufleute oder eingetragene Genossenschaften beteiligt sind, zu deren Geschäftsbetrieb der Ankauf oder Verkauf von Waren der bezeichneten Art gehört.

§ 51.

Insoweit der Börsenterminhandel in bestimmten Waren oder Wertpapieren durch dieses Gesetz oder vom Bundesrat untersagt, oder die Zulassung desselben von den Börsenorganen endgültig verweigert ist, sind Börsentermingeschäfte in diesen Waren oder Wertpapieren von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossen und dürfen von den Kursmaklern nicht vermittelt werden. Auch dürfen für solche Geschäfte, sofern sie im Inlande abgeschlossen sind, Preislisten (Kurszettel) nicht veröffentlicht oder in mechanisch hergestellter Vervielfältigung verbreitet werden.

Desgleichen ist ein von der Mitwirkung der Börsenorgane unabhängiger Terminhandel an der Börse ausgeschlossen, soweit er sich in den für Börsentermingeschäfte üblichen Formen vollzieht.

Die Erfüllung der Verbindlichkeit aus einem Börsentermingeschäft in Waren oder Wertpapieren, in denen der Börsenterminhandel untersagt ist, kann verweigert werden.

§ 52.

Wird die Zulassung von Waren oder Wertpapieren zum Börsenterminhandel nicht nachgesucht, so kann ein tatsächlich stattfindender Terminhandel von den Börsenaufsichtsbehörden untersagt werden. Die Untersagung hat nur die im § 51 Absatz 1, 2 bezeichneten Folgen.

§ 57.

Vor der Eintragung in ein Börsenregister ist eine Eintragungsgebühr von fünfundzwanzig Mark zu entrichten.

Für jedes folgende Kalenderjahr, während dessen die Eintragung bestehen soll, ist eine Erhaltungsgebühr von je zehn Mark zu zahlen.

Die Gebühren fließen, insoweit die Landesregierungen nicht ein anderes bestimmen, den Landeskassen zu.

§ 66.

Die Erfüllung der durch ein Börsentermingeschäft begründeten Verbindlichkeit kann verweigert werden, wenn nicht beide Teile zur Zeit des Geschäftsabschlusses in ein Börsenregister für den Geschäftszweig eintragen waren, welchem das Geschäft angehört.

Das gleiche gilt von Verbindlichkeiten, die aus der Erteilung und Uebernahme von Aufträgen und aus der Vereinigung zum Abschlusse von Börsentermingeschäften entstehen.

§ 67a.

Wer zur Zeit des Geschäftsabschlusses als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen war, kann die Erfüllung nicht deshalb verweigern, weil er in das Börsenregister nicht eingetragen gewesen ist. Das gleiche gilt von demjenigen, welcher zu der angegebenen Zeit oder früher berufsmäßig Börsen- oder Bankiergeschäfte betrieben oder eine Börse nicht bloß vorübergehend besucht hat.

§ 68.

Die Vorschriften der §§ 66 und 67a finden auch dann Anwendung, wenn das Geschäft im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist.

In Ansehung der Personen, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben, ist die Eintragung in das Börsenregister nicht erforderlich.

§ 68a.

Die Erfüllung der Verbindlichkeit aus einem Börsentermingeschäfte kann auf Grund der Vorschriften des § 51 Absatz 3 und des § 66 nur dann verweigert werden, wenn der Schuldner vor dem Ablaufe von sechs Monaten dem Gläubiger gegenüber die Weigerung erklärt hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem dem einen Teile eine schriftliche Mitteilung des anderen Teiles über die Art und das Ergebnis der Abwickelung des Geschäfts zugegangen ist.

Die Erfüllung kann nicht verweigert werden, wenn der Schuldner bei oder nach Absendung oder Empfang der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Mitteilung seine Verbindlichkeit schriftlich und ausdrücklich anerkannt hat.

§ 68b.

Eine Rückforderung dessen, was bei oder nach der Abwickelung des Geschäfts zur Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet worden ist, findet auf Grund der Vorschriften des § 51 Absatz 3 und des § 66 nicht statt.

Die auf Grund des § 51 Absatz 3 und des § 66 dem Schuldner zustehenden Einreden hindern den Gläubiger nicht, seine Forderung gegen Forderungen des Schuldners aus anderen Börsentermingeschäften aufzurechnen.

Auch wird der Gläubiger nicht gehindert, seine Befriedigung aus einer für die Forderung bestellten Sicherheit zu suchen, sofern der Besteller ihm gegenüber schriftlich erklärt hat, daß die Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsenterminegeschäften dienen soll. In der Erklärung müssen, wenn die Sicherheit in Wertpapieren besteht, diese nach Gattung und nach Zahl oder Nennwert bezeichnet sein.

§ 68c.

Zur Wahrung der schriftlichen Form genügt in den Fällen des § 68a und des § 68b Absatz 3 die telegraphische Uebermittlung; wird diese gewählt, so kann nachträglich die Abgabe einer entsprechenden schriftlichen Erklärung verlangt werden.

§ 69.

Gegen Ansprüche aus Börsenterminegeschäften sowie aus der Erteilung und Uebernahme von Aufträgen und aus der Vereinigung um Abschlusse von Börsenterminegeschäften kann von demjenigen, welcher zur Zeit der Eingehung des Geschäfts in ein Börsenregister

für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen war, ein Einwand aus § 764 des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht erhoben werden.

Das gleiche gilt von demjenigen, welcher sich nach § 67a, § 68 Absatz 2 nicht darauf berufen kann, daß er nicht in das Börsenregister eingetragen gewesen sei.

Der in Absatz 1 bezeichnete Einwand unterliegt gegenüber den daselbst aufgeführten Geschäften, soweit er nicht nach Absatz 1, 2 ausgeschlossen ist, den Beschränkungen der §§ 68a bis 68c.

II.

Artikel 2 des Entwurfes.

Die Vorschriften des § 51 Abs. 3, der §§ 66, 68a bis 68c und des § 69 Absatz 3 finden auch auf Geschäfte Anwendung, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossen worden sind, die Vorschriften über die Wirksamkeit eines Schuldanerkenntnisses sowie einer bestellten Sicherheit jedoch nur dann, wenn das Schuldanerkenntnis oder die Sicherheitsbestellung nach dem Inkrafttreten erfolgt ist. Ist eine Mitteilung der im § 68a Absatz 1 bezeichneten Art vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgt, so endigt die daselbst vorgesehene Frist nicht vor dem Ablauf eines Monats nach dem Inkrafttreten.

Am Schlusse dieser Arbeit sei es mir gestattet, Herrn Professor Dr. Sehling zu Erlangen für die Ueberweisung des Themas und für die Uebernahme des Referats, sowie der Berliner Geschäftsstelle des „Centralverbands des deutschen Bank- und Bankiergewerbes" für ihre freundliche Unterstützung meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.